

DA IMPUNIDADE COMO CAUSA DE PROLIFERAÇÃO DE ATOS ÍMPROBOS E DA NECESSIDADE DE VEÍCULOS MAIS RÁPIDOS PARA IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES

Júlia Flores Schütt*

1 DA IMPUNIDADE COMO CAUSA DE PROLIFERAÇÃO DE ATOS ÍMPROBOS E DA NECESSIDADE DE VEÍCULOS MAIS RÁPIDOS PARA IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES

“Chegamos, neste ponto, a tal estupidez, que há muitos que julgam que as funções públicas são apenas um caminho de enriquecimento, e julgam até justo o político torpe e corrupto, que nada mais faz do que aproveitar-se de uma situação”¹.

Estupidez ou aceitação de prática institucionalizada? Necessário repensar a impunidade em nosso país e avançar na reflexão em torno aos instrumentos para seu combate.

Na operação Lava Jato, desponta o uso de uma ferramenta fundamental para o combate à impunidade: o direito consensual, através das delações premiadas ou acordos de colaboração premiada (art. 3º, I, da Lei 12.850/13), significando considerável avanço para o sucesso no deslinde de práticas ilícitas.

Entretanto é evidente a frustração, na sociedade brasileira e nas autoridades encarregadas de investigar e aplicar as leis, com o nível de impunidade dos agentes corruptos, mormente na esfera pública.

Como não se frustrar ao desempenhar função que tem como objetivos fiscalizar e, em sendo esta última frustrada em sua forma preventiva, tentar responsabilizar os sujeitos ativos de improbidade administrativa?

Qual a relação entre a impunidade e a institucionalização da prática de atos ímprobos no ambiente do serviço público no Brasil? Vale a pena ser o agente público desonesto ou atuar com intolerável ineficiência frente a suas atribuições? Como podem os órgãos incumbidos de fiscalizar a honra

* Promotora de Justiça

¹ SANTOS, Mário Ferreira dos. **Invasão vertical dos bárbaros**. São Paulo: Editora É Realizações, 2012. p. 48.

administrativa *latu sensu* afastar os “ideais” destes agentes públicos que não se constroem em reiteradamente incorrer em improbidade? Serviria o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) como instrumento capaz de reduzir o ímpeto à imoralidade dentro da esfera pública? Qual seria o alcance punitivo que poderia ser abarcado por um TAC na esfera da improbidade administrativa?

Se visualizarmos num TAC fórmula para coibir ilícitos, seria talvez porque o espectro das sanções é falha? Ou porque o sistema punitivo tradicional, e o próprio Judiciário, revela-se insuficiente? O TAC insere-se no chamado ambiente do direito premial, ou veículo de sanções premiaias. Ao lado do TAC, previsto no art. 5º, §6º, da Lei 7.347/85², que foi *incorporado*³ ao nosso ordenamento jurídico através do art. 211⁴ da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), temos atualmente, no Brasil, figuras análogas, tais como os termos de compromisso previstos no Código de Defesa do Consumidor⁵ e na Lei dos

² § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

³ Há que se salientar que paira divergência doutrinária acerca da origem do TAC em nossa legislação. Apesar de renomados autores, como Hugo Nigro Mazzili (MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 25. ed. São Paulo: [s.n.], 2012), defenderem ser o Estatuto da Criança e do Adolescente o diploma legal que inovou em nosso ordenamento ao prever o TAC, não se pode olvidar de mencionar que alguns juristas fazem a ressalva de que a inovação do TAC pelo ECA foi exclusivamente em relação à respectiva denominação, pois o “instituto” já haveria sido previamente estipulado, exemplificativamente, pela Lei nº 6.385/76 (que trata do Mercado de Valores Mobiliários e da Comissão de Valores Mobiliários) e pela Lei nº. 6.938/81 (que tem por objeto a Política Nacional do Meio Ambiente). Mas não é só. Márcio Cauduro Steinstrasser (STEINSTRASSER, Márcio Cauduro. **O termo de ajustamento de conduta**: aspectos gerais, natureza jurídica e necessidade de efetivação de sua publicidade. Monografia (Conclusão de Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67437/000871617.pdf?sequence=1>>.

Acesso em: 2017), ao comentar o entendimento de Mazzilli, refere que não se poderia “comparar uma Sequoia com a sua semente, nem um embrião com um ser adulto. Em nosso sentir, o ECA instituiu o Compromisso de Ajustamento de conduta ou TAC restrito ao seu âmbito de atuação: aos interesses ou direitos transindividuais vinculados à proteção da criança e do adolescente.” Complementa destacando que “o ECA viabilizou foi a apresentação de uma amostra do que seria o TAC, uma restrita porção da plenitude que viria a se desenvolver posteriormente com a promulgação do CDC, esse em consonância à LACP”.

⁴ Art. 211. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.

⁵ Art. 113 da Lei 8.078/90

Crimes Ambientais⁶, compromissos de cessação⁷, acordos de leniência⁸, delações premiadas⁹ e, ainda, os institutos da transação penal¹⁰ e da suspensão condicional do processo¹¹.

A impunidade guarda raízes na lentidão do Judiciário ou na incapacidade gerencial das instituições fiscalizadoras? Muitas podem ser as causas da impunidade. Medina Osório, por exemplo, aponta a crise de gestão das instituições responsáveis pelo sistema punitivo como uma das principais causas, no que talvez esteja correto¹². Há quem aponte o próprio garantismo como uma das causas de impunidade no Brasil, especialmente focando em suas *distorções*. Não se desconhece que as sanções administrativas têm assento no direito punitivo e que, portanto, o seu processamento se dá por meio do “devido processo legal”. Observados devem ser os direitos e as garantias do acusado, entretanto, ao mesmo tempo, imprescindível atender aos postulados do efetivismo da tutela do bem almejado com a ação que objetiva, ao fim e ao cabo, “proteger” a higidez do patrimônio público. A mesma crítica feita ao “garantismo

⁶ Lei 9.605/Art. 79-A. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores.

⁷ Lei 12.529/11 - Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

⁸ Lei 12.846/13 - Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

⁹ Lei 12.850/13 - Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

¹⁰ Lei 9.099/95 - Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

¹¹ Lei 9.099/95 - Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

¹² MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão. corrupção. ineficiência**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

monocular” no âmbito do direito penal deve ser recepcionada pelo direito administrativo sancionador¹³ - de modo que a proteção ao bem jurídico em questão não seja insuficiente. De fato, crise de gestão, distorções hermenêuticas e, muito especialmente, a lentidão do judiciário¹⁴, somando-se às lacunas normativas, geram um arcabouço favorável à impunidade.

Evidente que não se tem como objetivo neste breve ensaio esgotar o problema do combate à impunidade, mas apenas discorrer sobre algumas de suas causas, notadamente no âmbito da improbidade administrativa e, assim, fomentar um debate mais agudo sobre o potencial do uso do TAC como ferramenta para aplicação de sanções premiais, independentemente do trato à matéria no art. 17, §1º, da Lei 8.429/93¹⁵.

Em se acompanhando – especialmente nesta última década – as notícias veiculadas pela mídia acerca da (má) gestão pública levada a efeito por agentes públicos em geral (eleitos, concursados, nomeados, etc.), margem para dúvida não fica de que a Lei de Improbidade Administrativa tem pautado e muito a busca pela responsabilização dos desonestos e corruptos. Ocorre, todavia, que os “casos” que vêm a ocupar espaço midiático são os tidos como de maior repercussão – aqueles que causam à população um maior sentimento de indignação; geralmente atos ímprobos em que as cifras giram além de alguns bons zeros após a vírgula.

Ademais, justo que sejam estes os casos de improbidade os trabalhados pelos canais midiáticos, pois a corrupção *lato sensu* está diretamente ligada à

¹³ Como diz Caio Márcio Loureiro: “Caminhar na esteira da integralidade da Constituição da República Federativa do Brasil vigente, com respeito aos seus valores, exige um garantismo integral, que veja o processo penal como instrumento de garantia não exclusiva do réu, mas também, da vítima e da sociedade”. (LOUREIRO, Caio Márcio. **O princípio da plenitude da vida no tribunal do júri**. [s.l.]: Carlini e Caniato, 2017. p. 21).

¹⁴ Os tribunais brasileiros levam mais de **seis anos**, em média, para julgar ações de improbidade administrativa, aponta pesquisa divulgada nesta terça-feira (29) pelo INAC (Instituto Não Aceito Corrupção). (COSTA, Flávio. **Brasil leva 06 anos para julgar improbidade**: demora dificulta recuperação de dinheiro público. Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/08/29/brasil-leva-6-anos-para-julgar-improbidade-demora-dificulta-recuperacao-de-dinheiro-publico.htm>>. Acesso em: 08 set. 2017).

¹⁵ Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

sobrevivência/bem estar de nossa população – quanto maior o desvio do dinheiro público mais nefastas as consequências¹⁶¹⁷.

Estes “grandes casos”, sim, existem, mas não ilustram o dia a dia de uma Promotoria de Justiça de um Município de porte, ainda que médio, em nosso país. Seria o mesmo que exigir como parâmetro à configuração da figura do traficante no Brasil que ele ostentasse as características de atuação e as condições financeiras do conhecido Fernandinho Beira-Mar.

Ou seja, o agente ímprobo não é somente o “gestor do Mensalão”.

Não se desconhece a existência, em âmbito nacional, de enormes orgias arquitetadas por organizações criminosas *devidamente* estruturadas e capazes de realizar um grande estrago, mas este não é o objeto deste texto. O que aqui se analisa são as condutas tidas por “miúdas”, que se tornaram prática institucionalizada dos gestores da coisa pública¹⁸. Claro está que, por vezes, em Municípios de pequeno e médio porte pode-se identificar atuação de consideráveis organizações estruturadas para fins de corrupção. Mas, como dito antes, estas, quando identificadas, são levadas à mídia, enquanto aquelas que não “desbordam” do que se entende por “normal” estão passando por prática “legítima” dos que alcançam seu cargo dentro do setor público.

Fomos tomados pela cultura da impunidade na seara da improbidade administrativa. Aqueles que, em evidente desvio de finalidade – *latu sensu* -

¹⁶ Segundo estimativas adotadas pela ONU e pelo Fórum Econômico Mundial, a corrupção custa ao mundo 5% do PIB (Produto Interno Bruto). Aplicando este percentual ao PIB brasileiro de 2016, de 6,266 trilhões de reais, os desvios teriam causado um prejuízo de 313 bilhões de reais. Mesmo os dados mais conservadores, como os do relatório da Fiesp sobre a corrupção publicado em 2010, apontam que o dinheiro desviado equivaleria a 2,3% de toda a riqueza gerada no país. Levando em consideração o PIB de 2016, o custo da corrupção seria de 144 bilhões de reais (DALLAGNOL, Deltan. **A luta contra a corrupção**. [s.l.]: GTM Editores, 2017).

¹⁷ O Brasil é a quarta nação mais corrupta do mundo, segundo o índice de corrupção do Fórum Econômico Mundial. O país está atrás apenas do Chade, da Bolívia e da Venezuela, que lidera o ranking. A corrupção é um dos elementos que a organização suíça inclui em seu índice anual de competitividade, baseado em uma pesquisa com 15.000 líderes empresariais de 141 economias do mundo. (BRASIL é o 4º país mais corrupto do mundo, segundo Fórum Econômico Mundial. **El País**. Disponível em: <<https://goo.gl/gGxIYI>>. Acesso em: 08 set. 2017).

¹⁸ Como destaca Deltan Dallagnol: “De acordo com os dados do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) sobre os recursos repassados pela União aos estados e municípios, 67% dos desvios acontecem nas áreas da saúde e educação. Para se ter uma ideia do que significaria o acréscimo de 200 bilhões de reais no orçamento público, seria possível quase triplicar o investimento federal em qualquer dessas duas áreas fundamentais para a qualidade de vida da população brasileira. Em um ano, poderíamos construir 55.700 escolas – 10 em cada um dos municípios do país. Se investíssemos na saúde, teríamos 5.272 novos hospitais por ano – que responderiam pela criação de 1,8 milhão de novos leitos. (DALLAGNOL, 2017, p. 42).

valem-se do bem público do qual dispõem em razão do cargo que ocupam como se privado fosse, desbordam da conduta exigida do gestor da coisa pública e merecem inquestionável e imediata responsabilização. Trata-se de imprescindível característica a uma República: o agente público é responsável (ainda que subjetivamente) por seus atos. Fazer vista grossa a “pequenas transgressões” é um excelente incentivo à evolução, tanto qualitativa quanto quantitativa, das condutas ímprobas.

Segundo Gary S. Becker¹⁹ (Nobel em Ciências Econômicas), a opção pelo crime é racional²⁰, ou seja, o infrator tende a comparar o prêmio a ser obtido por meio da prática criminosa com eventual “recompensa” à atividade lícita a ser desempenhada. Ao mesmo tempo, o criminoso analisa as chances de responsabilização ao tomar como escolha o crime. O economista esclarece que pelo bandido é feita, portanto, uma ponderação entre os riscos assumidos e o possível retorno alcançável com o delito.

Apesar de se tratar de estudo voltado para desmistificar algumas teorias na seara do Direito Penal, trata-se de *orientação* que cai como luva ao estudo da improbidade administrativa. O agente que incide na tipificação da conduta ímproba assim o escolheu – e o fez ao levar em conta o custo/benefício desta prática.

Pretende-se aqui dizer que o agente ímprobo (que, pela mesma conduta, também pode incorrer em prática criminosa) tanto quanto o autor de ilícito penal é movido por incentivos. E qual o maior incentivo que não o da impunidade? O agente sem freios morais ou éticos apenas deixará de violar normas que regulem sua conduta como gestor público se for ou previamente fiscalizado – e assim impedido - ou devidamente responsabilizado e punido por sua prática subversiva. Do contrário, a reincidência não será uma surpresa, mas uma certeza devidamente *incentivada*.

¹⁹ BECKER, Gary. S. **Crime and punishment: an economic approach**. Disponível em <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2017.

²⁰ Conforme Cerqueira e Lobão, o entendimento de Becker pode ser assim sintetizado: “a decisão de cometer ou não o crime resultaria de um processo de maximização da utilidade esperada, em que o indivíduo confrontaria, de um lado, os potenciais ganhos resultantes da ação criminosa, o valor da punição e as probabilidades de detenção e aprisionamento associadas e, de outro, o custo de oportunidade de cometer crimes, traduzido pelo salário alternativo no mercado de trabalho” (CERQUEIRA, Daniel; LOBÃO, Waldir. Determinantes da criminalidade: arcabouços teóricos e resultados empíricos. Dados. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 47, n. 2, p. 233-269, 2004. p. 247.)

Para ilustrar a institucionalização da má gestão do patrimônio público por considerável parcela de agentes do estado, cumpre trazer um caso que se poderia crer como hipotético e apto a causar risos no leitor, mas, infelizmente, não o é; trata-se de conduta verídica e triste – quiçá não isolada em nosso Estado. Caso que ocorreu em município do interior do estado do Rio Grande do Sul: o chefe do poder executivo daquele ente foi processado pela prática de ato de improbidade administrativa que estaria relacionado ao descumprimento dos regramentos destinados a assegurar a higidez de propaganda institucional (na prática houve a utilização de recursos públicos para desenvolver a promoção pessoal do demandado). Neste caso, evidentemente, o sujeito passivo do ato de improbidade era a referida Municipalidade por ele dirigida. Mas não apenas a Procuradoria Geral do Município deixou de ingressar no feito como sujeito ativo ao lado do Ministério Público como também elaborou a Defesa Prévia do Prefeito Municipal. Ou seja, numa ação em que o Prefeito estava sendo acusado de arrombar os cofres públicos para se promover, a PGM *foi utilizada* não para defender os interesses do Município, mas os do Prefeito que aquele corrompeu.

Retomando as questões redigidas no início do texto: como se pode, portanto, demover o agente público de incorrer em práticas que corroem a coisa pública? O único modo de se reduzir o incentivo à transgressão é dar efetividade à punição. E essa efetividade pode ocorrer através de acordos ou termos de ajustamento de conduta, de modo mais célere do que propriamente através de processos judiciais.

Faltam, sim, muitas vezes, pernas e instrumentos aos órgãos fiscalizadores para apurar a universalidade das práticas corruptas que pululam na Administração Pública. Não se tem dúvida de que a maioria das práticas ímprobas não é elucidada e apenas quem as sente é o cidadão que recebe, como consequência, serviços públicos de péssima qualidade. No entanto o que aqui se visa estimular é uma efetividade àqueles casos em que a conduta ímproba “chegou” ao conhecimento do órgão de fiscalização.

A partir da instauração, no âmbito do Ministério Público, de um inquérito civil, diligências muitas são feitas e estas – a depender do caso investigado – exigem um tempo razoável para concretização. Angariados elementos necessários para a construção de um “caso”, ventilada será a ação civil pública ao Judiciário e a partir deste momento se perde o “controle do tempo”. A

tramitação de uma ação de improbidade tende a não ter uma curta duração. Pelo contrário – trata-se de procedimento que conta, inclusive, com uma defesa prévia, ou seja, rasamente falando: o agente faz jus a duas defesas no mesmo processo. Este decurso temporal nada mais faz do que produzir, mais uma vez, sensação de impunidade.

Haveria, portanto, algum modo de reduzir o lapso temporal entre a verificação do ato ímprobo e a punição do agente corrupto? Apesar da vedação feita pela LIA à confecção de TAC durante a fase judicial para aplicação das sanções previstas naquela, tem-se reconhecido a legitimidade dos membros do Ministério Público – de forma extrajudicial - para firmar tais acordos quando se restringem à aplicação de multa e ao ressarcimento do dano causado ao erário. Trata-se de aplicação imediata do princípio da eficiência: além de se evitar um processo que poderia durar anos, propicia-se imediata aplicação das sanções e, especialmente, o ressarcimento ao erário.

Ademais, do ponto de vista da ora signatária, o TAC a ser entabulado em casos tais não precisaria ser restritos às consequências antes mencionadas (multa e ressarcimento do dano). Entendo que a fixação das sanções: (1) de inviabilidade de contratação com o poder público, (2) perda do cargo e, até mesmo, (3) suspensão de direitos políticos são consequências que poderiam estar incluídas num ajuste firmado pelas partes, sendo que, nestas hipóteses, evidentemente, após a homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público, deveria haver uma homologação do Poder Judiciário, em analogia aos acordos de delação premiada, que permitem ao sujeito dispor, inclusive, sobre sua liberdade.

2 DA NATUREZA JURÍDICA DO TAC E DAS SANÇÕES PREMIAIS

Sobre o TAC, *surgido*²¹, como já dito, originalmente, na Lei nº 8.069/1990, em seu art. 211, há, pelo menos, três correntes que disputam o debate sobre sua natureza jurídica.

²¹ Reiteram-se aqui todas as observações da nota de rodapé de número 3 no que diz respeito à origem do TAC em nosso ordenamento jurídico. Ademais, Streinstrasser, de modo muito preciso, resume a introdução do termo de ajustamento de conduta à legislação brasileira ao destacar que tal instrumento “surgiu como produto de um processo histórico gradual e de um processo

Uma primeira, defendida por Mazzilli²²²³, sustenta ter o Termo de Ajustamento de Conduta natureza jurídica de ato administrativo negocial, por meio do qual só o causador do dano se compromete. O órgão público que firma o ajuste em nada se compromete, exceto, implicitamente, a não propor ação de conhecimento para pedir aquilo que já está reconhecido no título.

Na mesma linha, Carvalho Filho entende que o TAC é um ato jurídico unilateral de reconhecimento da ilicitude da conduta e promessa de readequá-la à lei por parte do infrator do direito ou interesse difuso ou coletivo, sendo o órgão público legitimado obrigado a possibilitá-lo e tendo o infrator a faculdade de aceitá-lo ou não²⁴.

Uma segunda corrente confere ao TAC a natureza de negócio jurídico bilateral, o que não se confundiria com uma transação, “pois o órgão público não transaciona com a parte contrária, mas apenas impõe, mediante critérios pré-estabelecidos (como prazo, forma e cominações), a observância das determinações legais que são aceitas, voluntariamente, pelo causador do ato ilícito e/ou do dano. Dessa forma, o termo de ajustamento de conduta não possui natureza jurídica de transação²⁵”.

Também encabeça esta segunda corrente a professora Rodrigues²⁶ ao definir o TAC como um negócio jurídico, vez que as manifestações de vontade

legislativo fragmentado. Não remonta suas origens a um ato instantâneo. Enfrentou obstáculos até seu delineamento atual”. (STREINSTRASSER, 2012).

²² Mazzilli, 2012, p. 437.

²³ Nos dizeres de Mazzilli: “O compromisso de ajustamento de conduta é um título executivo extrajudicial, por meio do qual um órgão público legitimado toma do causador do dano o compromisso de adequar sua conduta às exigências da lei. Como tem natureza bilateral e consensual, poderíamos ser tentados a identificá-lo como uma transação do Direito Civil. Não seria correto, porém, esse raciocínio. Se tivesse mesmo a natureza de transação verdadeira e própria, seria um contrato, porque suporia o poder de disposição dos contraentes, que, por meio de concessões mútuas, preveniriam ou terminariam o litígio (CC, art. 840)”.

Continua o autor salientando que o “compromisso de ajustamento não é um contrato”. Destaca, ainda, que a natureza não seria negocial, porque o ajuste estaria diretamente vinculado ao poder de polícia da Administração. Seria, portanto, segundo Mazzilli, um **ato administrativo negocial** por meio do qual somente o causador do dano se compromete; “o órgão público a nada se compromete, exceto, implicitamente, a não propor ação de conhecimento para pedir aquilo que já está reconhecido no título”.

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**: comentários por artigo (Lei nº 7.347, de 24/7/85). 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 221.

²⁵ CAMBI, Eduardo; DINIZ, Cláudio Smirne. Possibilidades de solução extrajudicial de conflitos na área da proteção ao patrimônio público e da tutela da probidade administrativa. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 22., Belo Horizonte, 2017. **Teses**. Disponível em: <<https://congressonacional2017.amp.org.br/index/teses>>. Acesso em: 2017.

²⁶ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

do obrigado e do órgão público são essenciais à celebração do ajuste – destacando inviável o “autoajustamento”. Salienta a autora que, embora os efeitos mais relevantes do TAC estejam previstos na lei, o que o aproxima de um ato jurídico, as partes pactuantes contam com uma margem de liberalidade para declarar a vontade na celebração e para definir a forma do ajustamento da conduta à lei²⁷.

Por fim, uma terceira corrente classifica a natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta como se transação o fosse, já que possibilitaria uma discussão entre as partes acerca de seu objeto e das formas de pactuação.

De acordo com Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery²⁸, a transação é o contrato orientado ao fim de prevenir ou terminar litígio mediante concessões mútuas. Ao tratarem do tema, referem-se imediatamente ao termo de ajustamento de conduta, ao abordá-lo como “acordo extrajudicial”.

De acordo com Márcio Cauduro Steinstrasser²⁹:

Parcela significativa da doutrina defende que o TAC teria natureza jurídica de transação. Para esta corrente doutrinária, a transação seria distinta, porém, daquela ordinária, insculpida no art. 840 do CC. Nesta forma peculiar de transação, não haveria concessões mútuas na obrigação essencial de reparação ou compensação. Haveria tão somente concessões nos aspectos formais de cumprimento das obrigações estipuladas no ajuste.

Este é o entendimento de Fernando Grella Vieira³⁰, para quem o compromisso de ajustamento de conduta seria uma espécie de transação, com peculiaridades próprias e distintas da figura comum aplicável às obrigações meramente patrimoniais, de natureza privada.

²⁷ Quanto à liberdade do órgão público legitimado, Rodrigues assevera que ele detém certo grau de discricionariedade, ou seja, pode fazer um juízo de oportunidade e conveniência acerca da medida mais adequada a ser tomada no caso concreto, se o ajuizamento de uma demanda judicial ou se a proposição de um TAC, posto não haver um direito do obrigado à celebração do ajuste, embora, havendo os pressupostos autorizadores dessa forma de composição extrajudicial do conflito, ela deva ser preferida. Conclui, portanto, cuidar-se o compromisso de **um negócio jurídico bilateral diverso do contrato**. Bilateral porque imprescindível a existência de dois polos na relação jurídica. Diferente do contrato por não possuir como núcleo um direito patrimonial.

²⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 668.

²⁹ STEINSTRASSER, 2012.

³⁰ VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

O Superior Tribunal de Justiça já conferiu, por sua vez, ao TAC a qualificação de transação em voto de lavra do Ministro Luiz Fux no REsp nº 802060/RS³¹, nos termos de parte de ementa que segue:

DANO AMBIENTAL. INQUÉRITO CIVIL. TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA. ART. 5º, § 6º, DA LEI 7.347/85. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. IMPOSIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CERCEAMENTO DE DEFESA. COAÇÃO MORAL. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. EXCESSO DE COBRANÇA. MULTA MORATÓRIA. HOMOLOGAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO PELO CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 9º, §§ 2º E 3º DA LEI 7347/85.

1. A revogação da manifestação de vontade do compromitente, por ocasião da lavratura do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC junto ao órgão do Ministério Público, não é objeto de regulação pela Lei 7347/855.

2. O Termo de Ajustamento, por força de lei, encerra transação para cuja validade é imprescindível a presença dos elementos mínimos de existência, validade e eficácia à caracterização deste negócio jurídico.

3. Sob esse enfoque a abalizada doutrina sobre o tema assenta: "(...) Como todo negócio jurídico, o ajustamento de conduta pode ser compreendido nos planos de existência, validade e eficácia. Essa análise pode resultar em uma fragmentação artificial do fenômeno jurídico, posto que a existência, a validade e a eficácia são aspectos de uma mesmíssima realidade. Todavia, a utilidade da mesma supera esse inconveniente. (...) **Para existir o ajuste carece da presença dos agentes representando dois "centros de interesses, ou seja, um ou mais compromitentes e um ou mais compromissários; tem que possuir um objeto que se consubstancie em cumprimento de obrigações e deveres; deve existir o acordo de vontades e ser veiculado através de uma forma perceptível(...)** (RODRIGUES, Geisa de Assis, Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2002, p. 198). (Grifamos).

4. Consectariamente, **é nulo o título subjacente ao termo de ajustamento de conduta cujas obrigações não foram livremente pactuadas**, consoante adverte a doutrina, *verbis* :"(...) Para ser celebrado, **o TAC exige uma negociação prévia entre as partes interessadas com o intuito de definir o conteúdo do compromisso, não podendo o Ministério Público ou qualquer outro ente ou órgão público legitimado impor sua aceitação. Caso a negociação não chegue a termo, a matéria certamente passará a ser discutida no âmbito judicial.** (FARIAS, Talden, Termo de Ajustamento e Conduta e acesso à Justiça, in Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v.LII, p. 121).

5. O Tribunal *a quo* à luz do contexto fático-probatório encartado nos autos, insindicável pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, consignou que: **(a)** o Termo de Ajustamento de Conduta *in foco* não

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 802060/RS**. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=7535418&tipo=91&nreg=200502010628&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20100222&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 2017.

transpõe a linde da existência no mundo jurídico, em razão de o mesmo não refletir o pleno acordo de vontade das partes, mas, ao revés, imposição do membro do *Parquet* Estadual, o qual oficiara no inquérito; **(b)** a prova constante dos autos revela de forma inequívoca que a notificação da parte, ora Recorrida, para comparecer à Promotoria de Defesa Comunitária de Estrela-RS, para "negociar" o Termo de Ajustamento de Conduta, se deu à guisa de incursão em crime de desobediência; **(c)** a Requerida, naquela ocasião desprovida de representação por advogado, firmou o Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público Estadual no sentido de apresentar projeto de reflorestamento e doar um microcomputador à Agência Florestal de Lajeado, órgão subordinado ao Executivo Estadual do Rio Grande do Sul; **(e)** posteriormente, a parte, ora Recorrida, sob patrocínio de advogado, manifestou sua inconformidade quanto aos termos da avença celebrada com o *Parquet* Estadual, requerendo a revogação da mesma, consoante se infere do excerto do voto condutor dos Embargos Infringentes à fl. 466. (...)

E em recente voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, AgRg no AREsp 575474 (2014/0224935-8 - 27/02/2015), foi atribuída pela Corte Superior natureza negocial ao TAC, conforme trecho que segue³²:

Não assiste razão à agravante. No tocante à natureza jurídica do Termo de Ajustamento de Conduta, o Tribunal de origem afirmou ser de natureza administrativa, mantendo a sentença de primeiro grau, proferida nos seguintes termos (e-STJ, fl. 357) :

A pretensão inicial consiste em obrigação de fazer, com fundamento no Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, realizado com a finalidade de regularizar o empreendimento denominado Condomínio Alto da Boa Vista, observadas as exigências do Poder Público. A prova documental produzida atestou que a autora adquiriu direitos e obrigações relacionados à fração condominial descrita na inicial, bem que foi desconstituído porque situado em manancial, área de proteção ambiental, mas não realocado para outras áreas no novo projeto urbanístico, tampouco objeto de indenização. Com efeito, o Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, assinado em outubro de 2007 pelo MPF, MPDFT, IBAMA e pela Associação do Condomínio Alto da Boa Vista, tem natureza administrativa e não afasta o direito de ação (art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal).

Destarte, **a natureza contratual do Termo de Ajustamento de Conduta firmado pelo MPF, MPDFT, IBAMA e pela Associação do Condomínio Alto da Boa Vista não possui condão de afastar o direito de ação da ora agravada**, por força do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, à indenização prevista na Cláusula Segunda, IX, do TAC: (...).

Como se pode extrair desta breve análise das três correntes dominantes que lecionam acerca da natureza jurídica do TAC, tem-se que, ao fim e ao cabo, uma característica principal não é alvo de divergência entre elas: a indisponibilidade pelo órgão proponente

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 575474 (2014/0224935-8 - 27/02/2015)**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42922828&num_registro=201402249358&data=20150227&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 2017.

do TAC quanto ao direito material objeto do ajuste. Até mesmo por se encontrar óbice em princípio basilar do direito administrativo: “a indisponibilidade do interesse público”.

3 PORQUE A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ADMITE UM TAC

Não é novidade que o Ministério Público Federal, nas investigações relacionadas à Operação Lava-Jato, tem se valido do Acordo de Leniência, previsto na Lei Anti Corrupção (Lei 12.846/17, art. 16)³³, para aplicar pela via administrativa os preceitos da Lei da Improbidade Administrativa, o que foi, inclusive, objeto de recente análise pelo Tribunal Regional da 4ª Região³⁴.

O que se questiona exatamente seria a razão pela qual a adoção do Acordo de Leniência, cuja previsão legal atribui legitimidade apenas ao Poder Executivo, preteriria a celebração de um TAC entre o Órgão Ministerial e o investigado.

A partir desta “opção”, interessante destacar as principais distinções entre os institutos – mais especificamente no que tange aos objetivos de cada um.

Enquanto o acordo de leniência tem entre suas finalidades ampliar o objeto da investigação, ou melhor, conhecer outros envolvidos com as práticas infracionais, o TAC visa *apenas* à aplicação imediata da sanção, sem pretensões relacionadas à elucidação da trama esquematizada pelos investigados.

O instituto da Leniência pode ser definido como a possibilidade que detém a empresa diretamente envolvida em ato lesivo à administração pública de temperar os rigores das penalidades legais, desde que, de forma eficaz, auxilie na identificação de eventuais outros envolvidos na infração e na obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração³⁵. Cunha leciona que o acordo de leniência tem natureza jurídica de ato administrativo bilateral, destacando tratar-se de poderoso instrumento de combate aos atos lesivos perpetrados contra o patrimônio público. Complementa destacando que a nítida função instrumental do instituto – objetivando resultados socialmente

³³ Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

³⁴ Agravo de Instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR

³⁵ CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renne. **Lei anticorrupção empresarial**. São Paulo: Jus Podivm, 2017. p. 118.

úteis – demonstra que a atuação administrativa cada vez mais coexiste com a atuação consensual (está-se a tratar de acordo substantivo no recinto do processo administrativo sancionador).

Sabe-se que, embora a Lei 12.846/13 restrinja à Controladoria-Geral da União a legitimidade para a celebração de acordo de leniência junto ao Poder Executivo Federal³⁶, o MPF tem celebrado tais ajustes inclusive para abarcar as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

E neste momento por que não se perquirir sobre a vedação expressa do §1º do art. 17 da Lei 8.429/92³⁷?

Algumas já foram as vozes que trouxeram fundamentos para afastar a vedação – e das mais variadas formas. Há quem sustente, exemplificativamente, que a proibição de celebração de ajuste quanto às sanções estipuladas no Código Geral de Conduta³⁸ estaria restrita às ações em andamento e que seriam aplicáveis, pela via de ajuste, exclusivamente as sanções de multa e de proibição de contratar com o Poder Público³⁹.

Do meu ponto de vista, todavia, muito mais do que uma interpretação literal da norma em tela, o que se deve realizar para afastar a vedação é uma interpretação global das normas que regem, sim, o DIREITO PÚBLICO PUNITIVO.

Não se pode olvidar que a Lei de Improbidade Administrativa é de 1992, quando sequer havia sido editada a Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), que, já em 1995, em seus artigos 76 (instituto da transação penal) e 89 (instituto da suspensão condicional do processo) *inaugurou* a aplicação de sanções premiaias a autores responsáveis pela prática de ilícitos criminais⁴⁰.

³⁶ Art. 16 § 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

³⁷ Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

³⁸ MEDINA OSÓRIO, 2013, p. 16.

³⁹ SANTOS, Eduardo Sens dos. **TAC em improbidade administrativa**. Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-n-03-2012/Artigos/Eduardo-Sens-dos-Santos.pdf>>. Acesso em: 2017.

⁴⁰ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não

As inovações legislativas que trouxeram espécies de sanções premiais, em regra diretamente relacionadas à solução consensual de um conflito, não pararam por aí. Pelo contrário. A Lei Antitruste, através de seu *compromisso de cessação de prática*⁴¹ (Lei 12.529/2011); a já referida Lei da Anticorrupção (Lei 12.846/2013), por meio do acordo de leniência; e a Lei das Organizações Criminosas⁴² (Lei 12.850/13), pelo instituto da colaboração premiada, normas que formam um “microsistema destinado ao enfrentamento da corrupção⁴³”, privilegiam a adoção de “medidas premiais”.

Não há como afastar a LIA deste reconhecido microsistema de combate à corrupção.

Dúvida também não há de que a coerência deve imperar dentro de um sistema normativo, ou melhor, um microsistema normativo. Imprescindível a consolidação de unidade interpretativa e harmonia na solução de conflitos.

E foi a partir deste fundamento que o Tribunal Regional da 4ª Região, apesar de ter entendido que o Ministério Público Federal – de forma isolada – não detém competência para firmar acordo de leniência com base na Lei Anticorrupção, reconheceu como legítimo o instrumento do acordo de leniência para aplicação de sanções previstas na Lei 8.429/92:

EMENTA. DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI ANTICORRUPÇÃO. **MICROSSISTEMA.** ACORDO DE LENIÊNCIA. VÍCIO DE COMPETÊNCIA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DETERMINADA.

tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

⁴¹ Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

⁴² Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

⁴³ A COLABORAÇÃO premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: Jus Podvium, 2015. p. 457.

1. A Lei nº 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção (LAC) estatuiu sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas de natureza privada pela prática de atos contrários aos interesses do Poder Público e sua administração, tanto nacionais quanto estrangeiras.

2. O Acordo de Leniência pressupõe como condição de sua admissibilidade que a pessoa jurídica interessada em fazê-lo manifeste *prima facie* sua disposição, reconhecendo expressamente a prática do ato lesivo, cessando-o e prestando cooperação com as investigações, além de reparar integralmente o dano causado.

3. O **Acordo de Leniência é uma espécie de colaboração premiada** em que há abrandamento ou até exclusão de penas, em face da colaboração na apuração das infrações e atos de corrupção, justamente para **viabilizar maior celeridade** e extensão na quantificação do montante devido pelo infrator, vis-a-vis a lesão a que deu causa, ao tempo em que cria mecanismos de responsabilização de co-participantes, cúmplices normalmente impermeáveis aos sistemas clássicos de investigação e, por isso, ocultos. **Esse o objetivo da norma e sua razão de ser, tendo por pano de fundo, obviamente, o inafastável interesse público.**

4. Enquanto a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) busca, primordialmente, punir o agente público ímprobo, alcançando, eventualmente, o particular, a Lei Anticorrupção (LAC) tem por objetivo punir a pessoa jurídica envolvida em práticas corruptas, podendo também, em sentido inverso, identificar agentes públicos coniventes, levando-os, por consequência, para o campo de incidência da LIA.

5. Não há antinomia abrogante entre os artigos 1º e 2º da Lei nº 8.249/1992 e o artigo 1º da Lei nº 12.846/2013, pois, naquela, justamente o legislador pátrio objetivou responsabilizar subjetivamente o agente ímprobo, e nesta, o *mens legislatoris* foi a responsabilização objetiva da pessoa jurídica envolvida nos atos de corrupção.

6. **No entanto, há que se buscar, pela interpretação sistemática dos diplomas legais no microssistema em que inserido, como demonstrado, além de unicidade e coerência, atualidade, ou seja, adequação interpretativa à dinâmica própria do direito, à luz de sua própria evolução.**

7. Por isso, na hipótese de o Poder Público não dispor de elementos que permitam comprovar a responsabilidade da pessoa jurídica por atos de corrupção, o interesse público conduzirá à negociação de acordo de leniência objetivando obter informações sobre a autoria e a materialidade dos atos investigados, permitindo que o Estado prossiga exercendo legitimamente sua pretensão punitiva.

8. **Nem seria coerente que o mesmo sistema jurídico admita, de um lado, a transação na LAC e a peça, de outro, na LIA, até porque atos de corrupção são, em regra, mais gravosos que determinados atos de improbidade administrativa, como por exemplo, aqueles que atentem contra princípios, sem lesão ao erário ou enriquecimento ilícito.**

9. Esse o contexto que levou o legislador a prestigiar o acordo de leniência tal como hoje consagrado em lei, quando abrandou ou excluiu sanções à pessoa jurídica que, em troca de auxílio no combate à corrupção, colabora com as investigações e adota programas de *compliance* e não reincidência na prática de atos corruptivos, desde que confirmada a validade do acordo de leniência.

10. A autoridade competente para firmar o acordo de leniência, no âmbito do Poder Executivo Federal é a Controladoria Geral da União (CGU).

11. Não há impedimentos para que haja a participação de outros órgãos da administração pública federal no acordo de leniência como a Advocacia Geral da União, o Ministério Público Federal e o Tribunal

de Contas da União, havendo, portanto, a necessidade de uma atuação harmônica e cooperativa desses referidos entes públicos.

12. O acordo de leniência firmado pelo Grupo Odebrecht no âmbito administrativo necessita ser re-ratificado pelo ente competente, com participação dos demais entes, levando-se em conta o ressarcimento ao erário e a multa, sob pena de não ensejar efeitos jurídicos válidos.

13. Enquanto não houver a re-ratificação do acordo de leniência, a empresa deverá permanecer na ação de improbidade, persistindo o interesse no bloqueio dos bens, **não porque o MP não pode transacionar sobre as penas, mas porque o referido acordo possui vícios que precisam ser sanados para que resulte íntegra sua validade, gerando os efeitos previstos naquele ato negocial.**

14. Provido o agravo de instrumento para determinar a indisponibilidade de bens das empresas pertencentes ao Grupo Odebrecht.⁴⁴

O objeto do presente artigo não é defender a utilização do acordo de leniência para aplicação imediata das sanções previstas na LIA – o que, todavia, mais do que defensável, já tem reconhecido trânsito pela jurisprudência.

Sustenta-se neste estudo a necessidade de adoção de *novas técnicas jurídicas* para, ao menos, minimizar a sensação de impunidade quando o tema é improbidade administrativa.

O termo de ajustamento de conduta é instrumento pelo qual os membros do Ministério Público podem “ofertar” ao agente ímprobo a imediata aplicação das sanções previstas no art. 12 da LIA sem depender do transcurso de uma longa demanda judicial (com as fases de conhecimento e cumprimento de sentença). Evidente que não se objetivará – como se busca com o acordo de leniência e/ou colaboração premiada – uma expansão das investigações, mas, sim, uma efetividade no cumprimento da norma. Em dependendo da sanção a ser estipulada no TAC, a exemplo da suspensão dos direitos políticos, o que se poderia cogitar, após, evidentemente, a chancela do ajuste pelo Conselho Superior do Ministério Público, fosse este homologado pelo Juízo, nos mesmos moldes estipulados ao acordo de colaboração premiada (que, sinala-se, autoriza *transação*, inclusive, sobre o direito de liberdade).

Entender que permanece hígida, pura e simplesmente, a vedação prevista no §1º do art. 17 da Lei 8.429/92 é deixar de analisar a referida norma à luz do

⁴⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR – 22 de agosto de 2017.** Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41503591340641941104640769064&evento=41503591340641941104643212426&key=c2136be5ca6098024aa203162acc34531c50cd4b119c0ff9c2e0be4f98aaca01>. Acesso em: 2017.

ordenamento pátrio, a começar, inclusive, pelos ditames constitucionais: do princípio da eficiência⁴⁵ (art. 37, *caput*) e do postulado da razoável duração do processo⁴⁶ (inciso LXXVIII do art. 5º).

De destacar que jamais pretendida a viabilidade de transação quanto ao direito material posto em causa – patrimônio público, o que, evidentemente, colidiria com as duas pedras de toque que regem o direito administrativo (indisponibilidade do interesse público primário e a preponderância do interesse público frente ao privado).

Pretende-se com isto dizer que, no ajuste das cláusulas que constituirão o TAC a ser firmado entre o representante do Ministério Público e o sujeito ativo do ato de improbidade, jamais se “negociará” o dever de ressarcimento ao erário, que, inclusive, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁴⁷, sequer pena o é (e, sim, mero efeito do prejuízo causado). No acordo serão estipuladas as diferentes espécies de sanções trazidas no rol do art. 12 da LIA⁴⁸, a fim que sejam imediatamente cumpridas.

⁴⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

⁴⁶ LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

⁴⁷ O **ressarcimento** não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações. Precedentes do STJ. (Resp. 1184897/PE)

⁴⁸ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos; IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5

Garantido de fato, assim, estará o interesse público primário, a partir (1) do reconhecimento, pelo autor do ato ilícito, de sua prática; e (2) do imediato ressarcimento do dano ao erário. Da mesma forma, será outorgada *maior* efetividade ao direito administrativo sancionador ao serem fixadas as sanções necessárias/suficientes e adequadas ao caso concreto – estas, sim, sobre as quais poderá haver singular transação levadas em análise as peculiaridades do ato ímprobo, sempre, contudo, objetivando ceifar a ideia de impunidade quando da aplicação dos ditames da Lei de Improbidade Administrativa.

REFERÊNCIAS

BECKER, Gary. S. **Crime and punishment: an economic approach**. Disponível em <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2017.

BRASIL é o 4º país mais corrupto do mundo, segundo Fórum Econômico Mundial. **EI País**. Disponível em: <<https://goo.gl/gGxIYI>>. Acesso em: 08 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 575474 (2014/0224935-8 - 27/02/2015)**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42922828&num_registro=201402249358&data=20150227&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 802060/RS**. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=7535418&tipo=91&nreg=200502010628&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20100222&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR – 22 de agosto de 2017**. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41503591340641941104640769064&evento=41503591340641941104643212426&key=c2136be5ca6098024aa203162acc34531c50cd4b119c0ff9c2e0be4f98aaca01>. Acesso em: 2017.

CAMBI, Eduardo; DINIZ, Cláudio Smirne. Possibilidades de solução extrajudicial de conflitos na área da proteção ao patrimônio público e da tutela da probidade administrativa. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 22., Belo Horizonte, 2017. **Teses**. Disponível em: <<https://congressonacional2017.amp.org.br/index/teses>>. Acesso em: 2017.

(cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**: comentários por artigo (Lei nº 7.347, de 24/7/85). 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CERQUEIRA, Daniel; LOBÃO, Waldir. Determinantes da criminalidade: arcabouços teóricos e resultados empíricos. Dados. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 47, n. 2, p. 233-269, 2004.

A COLABORAÇÃO premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: Jus Podvium, 2015.

COSTA, Flávio. **Brasil leva 06 anos para julgar improbidade**: demora dificulta recuperação de dinheiro público. Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/08/29/brasil-leva-6-anos-para-julgar-improbidade-demora-dificulta-recuperacao-de-dinheiro-publico.htm>>. Acesso em: 08 set. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renne. **Lei anticorrupção empresarial**. São Paulo: Jus Podivm, 2017.

DALLAGNOL, Deltan. **A luta contra a corrupção**. [s.l.]: GTM Editores, 2017.

LOUREIRO, Caio Márcio. **O princípio da plenitude da vida no tribunal do júri**. [s.l.]: Carlini e Caniato, 2017.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 25. ed. São Paulo: [s.n.], 2012.

MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Teoria da improbidade administrativa**: má gestão. corrupção. ineficiência. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SANTOS, Eduardo Sens dos. **TAC em improbidade administrativa**. Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-n-03-2012/Artigos/Eduardo-Sens-dos-Santos.pdf>>. Acesso em: 2017.

SANTOS, Mário Ferreira dos. **Invasão vertical dos bárbaros**: é realização. São Paulo: Editora É realizações, 2012.

STEINSTRASSER, Márcio Cauduro. **O termo de ajustamento de conduta**: aspectos gerais, natureza jurídica e necessidade de efetivação de sua publicidade. Monografia (Conclusão de Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em:

<<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67437/000871617.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 2017.

VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.